



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Zaccaria Giacometti - Staatsrechtslehre als Kunst?

Kley, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-53311>
Journal Article

Originally published at:

Kley, Andreas (2011). Zaccaria Giacometti - Staatsrechtslehre als Kunst? Schweizerische Juristen-Zeitung, 107(19):429-439.

Zaccaria Giacometti – Staatsrechtslehre als Kunst?

Prof. Dr. rer. publ. Andreas Kley (Zürich)¹

Zaccaria Giacometti war einer der grossen Staatsrechtslehrer, die im 20. Jahrhundert an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich wirkten. In seiner Biografie und in seinen Schriften spiegelt sich die Geschichte des Verfassungs- und Verwaltungsrechts der Schweiz. Im Folgenden soll das, nach einem Lebenslauf (I), anhand einiger Themen beispielhaft dargestellt werden. So stellte die Gegnerschaft zum Katholizismus bei gleichzeitiger Pflege des Kirchenrechts einen wichtigen Integrationsfaktor des – staatstragenden – Staatsrechts dar (II, III). Ein zweiter Integrationsfaktor war bis 1945 die

gemeinsame liberale und positivistische Grundorientierung (IV). Die Krisenzeit und der Zweite Weltkrieg stellten das öffentliche Recht der Schweiz vor grosse Herausforderungen (V). Der Rückzug des Liberalismus zeigte sich auch im Strukturwandel der Grundrechtslehren (VI). Ein Rückblick auf den Lehrer Giacometti schärft den Blick für die heutige Situation der juristischen Ausbildung in der Schweiz (VII). Angesichts des gemeinsamen Namens fragt man sich schliesslich nach seiner Beziehung zu den Bergeller Künstlern, namentlich Alberto Giacometti, und zum Kunstschaffen überhaupt (VIII).

Eingebettet in die Biographie und das verwandtschaftliche Beziehungsnetz von Zaccaria Giacometti zeichnet der Autor das Schaffen und Wirken und das Engagement des Staatsrechtlers für Freiheit und Demokratie als Grundfesten des liberalen Rechtsstaates nach. Anhand der öffentlich ausgetragenen Kontroverse um das Notrecht und Giacomettis Grundrechtsverständnisses zeigt der Autor das Bild eines Rechtsgelehrten, der die Staatsrechtslehre an den Universitäten und die Entwicklung unseres demokratischen Staatsgefüges geprägt hat.

Zi.

Tout en les intégrant à une présentation de la biographie et du réseau familial de Zaccaria Giacometti, l'auteur analyse l'œuvre et l'engagement du spécialiste de droit public pour la liberté et la démocratie, comme fondements de l'Etat de droit libéral. A l'aune de la controverse publique autour du droit d'urgence et de la conception des droits fondamentaux de Giacometti, l'auteur dépeint l'image d'un juriste qui a influencé l'enseignement du droit public dans les universités ainsi que le développement de notre structure étatique démocratique.

P.P.

I. Biografische Eckpunkte

Zaccaria Giacometti wurde 1893 als zweiter Sohn des Lehrers Zaccaria Giacometti (1856–1897) und der Cornelia Stampa (1868–1905) in Stampa im protestantischen und italienischsprachigen Bergell geboren². Seine Eltern starben früh. Der vier Jahre ältere Bruder Cornelio († 1955) und Zaccaria fanden nach dem Tod ihrer Mutter bei Rodolfo Baldini (1842–1909) und seiner Haushälterin Unterkunft. Baldini war der Bruder der Grossmutter mütterlicherseits. Der Grossonkel hatte früher die Confiserie Baldini Frères in Marseille geführt. Den Sommer verbrachten die Brüder jeweils in seinem Sommerhaus in Maloja-Capolago am Silsersee und den Winter in Borgonovo im Haus «Ca d'Baldin».

¹ Lehrstuhl für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte und Staats- und Rechtsphilosophie an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

² Vgl. Werner Kägi, Zaccaria Giacometti. Zum 60. Geburtstag am 26. September 1953, NZZ vom 26.9.1953, Nr. 2224, Blatt 5, 6; Werner Kägi, Zaccaria Giacometti, zum 70. Geburtstag am 26. September, NZZ vom 26.9.1963, Nr. 3846, Morgenausgabe, Blatt 4; vgl. die Biobibliografie bei Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich 2011, 491 f.; Benjamin Schindler, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 2011 II 331 ff., 430 f. Siehe den Gesamtüberblick bei Alfred Kölz, Freiheit und Demokratie. Zum hundertsten Geburtstag von Zaccaria Giacometti, in: ders., Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat, Zürich 1998, 211–225 = ZSR 1993 143–155 = Zaccaria Giacometti, Ausgewählte Schriften, hrsg. von Alfred Kölz, Zürich 1994, 331 ff.

Zur weitläufigen Familie gehörten die Künstler Giovanni Giacometti (1868–1933) und seine Söhne Alberto (1901–1966), Diego (1902–1985) und der 1907 geborene Architekt Bruno (Cousins mütterlicherseits) und Augusto (1877–1947, Cousin väterlicherseits).

Zaccaria Giacometti verliess das Bergell und damit das italienische Sprachgebiet 1907, also zwei Jahre vor dem Tod seines Grossonkels im Alter von 14 Jahren. Er trat 1907 in das Internat der Evangelischen Lehranstalt in Schiers ein und besuchte von der 1. bis zur 1914 abgeschlossenen 7. Klasse das Gymnasium mit Griechisch- und Lateinunterricht³. Das Internat hatte einen militärischen Tagesablauf und liess den Schülern wenig Freiraum⁴. Zaccaria muss als Jugendlicher eine aussergewöhnliche Persönlichkeit gewesen sein. Sein aus Basel stammender Mitschüler Christoph Bernoulli (1897–1981), der 1913 in Schiers eintrat, als Zaccaria die 6. Klasse besuchte⁵, berichtete: «Er überragte seine Mitschüler durch Geist, Bildung und Kunstsinn; er genoss, ohne es zu ahnen, die Verehrung der ganzen Anstalt. Die Lehrer bewunderten ihn und behandelten ihn nicht wie einen Schüler. Die Schüler selbst spürten Unterschied und Abstand.»⁶ Giovanni porträtierte den Gymnasiasten Zaccaria um 1910 bei der Lektüre⁷. Das Bild zeigt einen im Lesen versunkenen jungen Mann. Dem Betrachter eröffnet sich in diesem Anblick ein Bild des Studiums und der Konzentration.

Zaccaria interessierte sich für Theologie und Philosophie und beachtete, wie der Jahresbericht von Schiers anlässlich seiner Matura 1914 vermerkte, «philosophische Studien». Die Lehranstalt pflegte gute Beziehungen zu ihrem Basler Freundeskreis,

weshalb er das Studium zunächst an der Universität Basel aufnahm. Am 28. April 1914 immatrikulierte er sich in der Phil.-I-Fakultät, aber im Wintersemester 1915/1916 schrieb er sich an der juristischen Fakultät⁸ ein, wo ihn die Professoren Andreas Heusler (1834–1921) und Carl Wieland (1864–1936) beeindruckten⁹. Am 13. Juli 1916 wechselte er von Basel an die Universität Zürich¹⁰ und schloss dort sein Studium regulär 1919 mit dem Dr. iur. ab. In seiner Dissertation behandelte er die Trennung von Kirche und Staat¹¹. Wenige Jahre später publizierte er einen Quellenband zu dieser Thematik¹². Die Habilitationsschrift von 1924 befasste sich mit der Frage der Ausdehnung des öffentlichen Rechts gegenüber dem Zivilrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹³. Seine akademische Antrittsvorlesung vom 11. Juli 1925 hielt er über die «Auslegung der Bundesverfassung»¹⁴. Fritz Fleiner (1867–1937) war sein Mentor und Förderer; Giacometti blieb sich aber auch als Gefolgsmann Fleiners sich treu; seine Herkunft, sein Denken und seine Arbeitsweise machten ihn zu einer eigenständigen und unverwechselbaren Persönlichkeit.

1927 ernannte die Universität Zürich Giacometti zum ausserordentlichen Professor für öffentliches Recht und Kirchenrecht. Eine ordentliche Professur bekleidete er – als Nachfolger Fritz Fleiners – in den Jahren 1936–1961, 1954/55 amtierte er als Rektor der Universität. 1933 legte er als erster Autor eine Studie über die Praxis des Bundesgerichts zur staatsrechtlichen Beschwerde vor¹⁵. Als weitere wichtige Werke Giacomettis sind seine Darstellung des *Staatsrechts der Kantone*¹⁶ und seine Neubearbeitung von Fleiners *Bundesstaatsrecht*¹⁷ zu nennen. 1960 veröffentlichte er den

ersten (und einzigen) Band seiner *Allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*¹⁸. Seine Kollegen beachteten dieses Werk zwar

³ Vgl. Schülerliste der evangelischen Lehranstalt Schiers vom Jahre 1865 an, Schiers 1937, 52.

⁴ Vgl. Bruno Giacometti erinnert sich, Gespräche mit Felix Baumann, Zürich 2009, 33.

⁵ Vgl. Schülerliste (Anm. 3) 62.

⁶ Vgl. Christoph Bernoulli, Jugenderinnerungen an die Familie Giacometti, DU 1962, Heft Nr. 258, 16 ff., 16 f.; mehrfach abgedruckt, z.B. ders., Alberto Giacometti 1901–1966, Erinnerungen und Aufzeichnungen, Bern usw. 1973, 9 ff.

⁷ Vgl. Werkverzeichnis von Paul Müller/Viola Radlach, Band II-1 und II-2, Zürich 1997, Nummer 1910.23.

⁸ Auskunft des Archivars der Universität Basel vom 30.6.2011 nach Konsultation der Matrikel.

⁹ So sein Schüler Kägi (Anm. 2, NZZ 26.9.1963).

¹⁰ Siehe Matrikel Nr. 24530, www.matrikel.uzh.ch/pages/559.htm#24527.

¹¹ Zaccaria Giacometti, Die Genesis von Cavour's Formel «Libera Chiesa in libero Stato», Diss. Zürich, Aarau 1919.

¹² Zaccaria Giacometti, Quellen zur Geschichte der Trennung von Kirche und Staat, Tübingen 1926.

¹³ Zaccaria Giacometti, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtseinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Habil. Zürich, Tübingen 1924.

¹⁴ Text: NZZ vom 24.7.1925 Nr. 1161, Morgenausgabe, Blatt 1, 1 f.

¹⁵ Zaccaria Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes, Zürich 1933.

¹⁶ Zaccaria Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.

¹⁷ Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Neubearbeitung des Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1949.

¹⁸ Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.

stark¹⁹, aber in der Praxis vermochte es sich wegen seiner an der «Reinen Rechtslehre geschulten rechtslogischen Begrifflichkeit auf Kosten des positivrechtlichen Stoffes»²⁰ nicht richtig durchzusetzen. Das Werk hatte sich nach Ansicht seiner Zeitgenossen von den «praktischen Problemen weithin distanziert»²¹, aber vielleicht war es gerade wegen der Abgehobenheit seiner Zeit in mancher Hinsicht weit voraus. Alfred Kölz machte 1994 verschiedene kleine Schriften Giacomettis in einem Sammelband wieder zugänglich²².

1961 erkrankte Giacometti und trat von seiner Professur zurück. Er konnte

1962 etwa den Ehrendoktor der damaligen Handelshochschule St. Gallen nicht mehr selbst entgegennehmen²³. Am 10. August 1970 starb Zaccaria Giacometti in Zürich²⁴. Die Abdankungsfeier fand am 13. August in Zürich statt. Das Grab Giacomettis befindet sich im Bergell, auf dem Friedhof der Kirche San Giorgio von Borgonovo, wo auch Eltern, Onkel, Tante und Cousins bestattet sind.

II. Die Rolle des katholischen Kirchenrechts im Rechtsunterricht

Das katholische Kirchenrecht spielte im 20. Jahrhundert keineswegs nur an der katholischen Universität von Freiburg eine wichtige Rolle. Vielmehr pflegten evangelisch-reformierte und liberal ausgerichtete Professoren auch an den Rechtsfakultäten der Universitäten von Bern und Zürich, später auch in Basel, dieses Fach. Diese Entwicklung setzte mit dem Kulturkampf und der Totalrevision der Bundesverfassung 1874 ein²⁵.

Insbesondere an der Zürcher Fakultät besass das Kirchenrecht zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine herausragende Bedeutung in Lehre und Forschung. Fritz Fleiner nahm sich seiner in den Jahren 1895–1897, Max Huber in den Jahren 1902–1916 und erneut Fleiner 1916–1936 an²⁶. Zaccaria Giacometti war wegen seiner Publikationen qualifiziert²⁷, als Nachfolger Fleiners ebenfalls Kirchenrecht zu lesen. Das katholische Kirchenrecht hatte den evangelisch-reformierten Giacometti fasziniert. So berichtete ein Student, in der Vorlesung über das Kirchenrecht hätten Giacomettis Augen jeweils schon zu funkeln begonnen, bevor er zur Pointe kam²⁸. Den Studenten habe Giacometti mit Nach-

druck den «character indelebilis» der Priesterweihe im kanonischen Recht erklärt. Für Giacometti wie für Fleiner war das kanonische Recht ein Vorbild oder gar Massstab des Verwaltungsrechts. In seinen *Allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts* verwies Giacometti immer wieder auf das kanonische Recht²⁹, um Parallelen und Gegensätze aufzuzeigen.

Im Rückblick betrachtet, erfüllte der Unterricht im kanonischen Recht drei Aufgaben³⁰:

1) Es waren nicht der Inhalt, sondern die Formen, die Struktur und die Institutionen des kanonischen Rechts, die sich das öffentliche Recht des Rechtsstaates nutzbar machen konnte. Wesentliche Elemente des Verwaltungsrechts basieren auch auf dem kanonischen Recht. Der Unterricht im kanonischen Recht verfolgte so einen propädeutischen Zweck.

2) Die (meist freisinnigen und evangelisch-reformierten) Staats- und Verwaltungsrechtslehrer sahen die Geschlossenheit des kanonischen Rechts, das seinerseits im römischen Recht wurzelte, als Kennzeichen einer «societas perfecta» an³¹. So berichtete der langjährige Präsident des Zürcher Verwaltungsgerichts, Hans Peter Moser (1920–2002), über die Kirchenrechtsvorlesung von Zaccaria Giacometti³²:

«Ich erinnere mich, wie sehr er das katholische Kirchenrecht – fernab von jeder Metaphysik – als Manifestation einer «societas perfecta» bewunderte. Nebenbei gesagt: wesentliche Elemente des französischen Verwaltungsrechts, das auf dem Umweg über Otto Mayer und Fritz Fleiner Giacometti beeinflusste, gehen auf das kanonische Recht zurück, so der Begriff der Verfügung.»

Das kanonische Recht war ein Ideal, das dem staatlichen Recht als Vorbild

¹⁹ So rezensierte es Max Imboden in der NZZ positiv, vgl. NZZ vom 23.12.1960, Nr. 4596 Mittagsausgabe, Blatt 7.

²⁰ Richard Bäumlin, Zu neuen Lehrbüchern des schweizerischen Bundesstaatsrechts, in: ZSR 86 (1967) 375 ff., 376.

²¹ Bäumlin (Anm. 20) 376.

²² Zaccaria Giacometti, Ausgewählte Schriften, hrsg. von Alfred Kölz, Zürich 1994.

²³ Hochschulnachrichten (St. Gallen), Nr. 55 (Sommersemester 1962), 17.

²⁴ Die Würdigung verfasste Werner Kägi, Zaccaria Giacometti. Das Lebenswerk des schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtlers, NZZ vom 6.9.1970, Nr. 413, 51 f.

²⁵ Vgl. zu den Details Kley (Anm. 2) 77 ff.

²⁶ Vgl. Kley (Anm. 2) 79 f.

²⁷ Vgl. vorne Anm. 11 und 12.

²⁸ Vgl. Kley (Anm. 2) 80 Anm. 491.

²⁹ Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren (Anm. 18) z.B. 138 und Anm. 3, 139, 170 Anm. 121, 189 Anm. 42, 191 Anm. 51, 259 Anm. 65.

³⁰ Vgl. Kley (Anm. 2) 84.

³¹ Vgl. Fritz Fleiner, Geistiges Weltrecht und weltliches Staatsrecht, in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, 262 ff., 267.

³² Aus einem Brief vom 18. April 2000, zitiert bei Cyril Hegnauer, Zürcher Ius-Studium 1939–1946: ein Rückblick, in: Commentationes Historiae Iuris Helveticae V (2010) 61 ff., 67.

diente. Das zentralistische Rechtssystem der römisch-katholischen Kirche übte trotz der konfessionellen Gegensätzlichkeit eine inhaltliche Faszination aus.

3) In konfessioneller Hinsicht erlaubte es der Unterricht im kanonischen Recht den Professoren, die für den staatstragenden Freisinn nötige Distanz zum Katholizismus zu markieren. Zaccaria Giacometti verkörperte mit seiner strikten Ablehnung des Katholizismus diese ideologische Funktion beispielhaft. In der Abgrenzung erfolgte eine integrierende Bestätigung der evangelisch-reformierten Glaubensgemeinschaft und des vom Freisinn und Liberalismus bestimmten Bundesstaates.

III. Der Kampf um die Nuntiatur und die konfessionellen Ausnahmebestimmungen

Die intensive Beschäftigung mit dem Kirchenrecht verbesserte allerdings das Verhältnis der freisinnig-reformierten Staatsrechtslehrer zum Katholizismus keineswegs, wie gerade das Beispiel von Fleiner und Giacometti im Streit um die Nuntiatur zeigt. Im Rahmen des Kulturkampfes hatte der Bund 1873 die päpstliche Nuntiatur aufgehoben und die diplomatischen Beziehungen zum Heiligen Stuhl abgebrochen³³. Im Gefolge des Ersten Weltkriegs konnte der Bundesrat der überraschten Öffentlichkeit mitteilen, Mgr. Luigi Maglione habe am 8. November 1920 dem Bundesrat ein Schreiben überreicht, gemäss welchem er von Papst Benedikt XV. als apostolischer Nuntius bei der schweizerischen Eidgenossenschaft beglaubigt werde³⁴.

Die Schweiz war freilich konfessionell ein schwieriges Terrain. Einem

wirklich freisinnigen und bekennenden Protestanten konnte dieser Vorgang nicht gleichgültig sein: Der Bund hatte mit einer sozusagen staatsgefährlichen Organisation förmlich Kontakt aufgenommen. Fritz Fleiner konnte es nicht unterlassen, in seinem *Bundesstaatsrecht* eine heftige Attacke gegen die Aufnahme der diplomatischen Beziehungen zum Vatikan zu reiten, und zwar in einer sich über zwei Seiten erstreckenden Fussnote³⁵. Darin kritisierte er den Bundesrat heftig, der mit dieser diplomatischen Anerkennung des Vatikans «Wesentliches» übersehen habe, und schloss seine Ausführung mit den Sätzen:

«Um den päpstlichen Sieg voll zu machen, hat der Bundesrat eingewilligt, einen päpstlichen Gesandten erster Klasse zu empfangen, der den Vortritt vor allen andern Diplomaten in Bern beansprucht. Vom Standpunkt der Römischen Kurie aus betrachtet gehört der 8. November 1920 (...) zu den grossen Tagen des Katholizismus in der Schweiz»³⁶.

Fleiners antikatholische Attacke hätte kaum Beachtung erfahren, wenn sich nicht Zaccaria Giacometti im richtigen Moment als sein Gefolgsmann betätigt hätte. Der päpstliche Nuntius machte an Pfingsten 1924 einen Besuch in St. Gallen, was Proteste der evangelisch-reformierten Landeskirche von St. Gallen und des Schweizerischen Evangelischen Kirchenbundes auslöste. Giacometti griff Fleiners Fussnote in einem Leitartikel in der *Neuen Zürcher Zeitung* auf. Er bezeichnete darin die Schweiz als die «Wiege des Protestantismus» und fragte: «Welches sind nun in den Augen des schweizerischen Protestantismus die Gründe, die das Bestehen (...) einer Nuntiatur in der Schweiz als eine Verletzung des protestantischen Empfindens (...) erscheinen lassen?»³⁷ In der Antwort auf diese Frage wie-

derholte Giacometti unter namentlicher Anführung Fleiners exakt dessen Argumente. Er bewies sich als Schüler, der in der antikatholischen Haltung seinem Lehrer folgte³⁸. Auch liberalen Protestanten fiel der althergebrachte antikatholische Kurs auf. In einer *Zuschrift* vom 27. Juli 1924³⁹ kritisierte ein NZZ-Einsender die Haltung Giacomettis. Schuld an dieser Missstimmung sei nicht der Nuntius, sondern der jeweils devote und überhöfliche Empfang, den die protestantischen Kantonsregierungen dem Nuntius zuteil kommen liessen. Dem Nuntius und den Katholiken könne man nichts vorwerfen.

Auch die katholische Presse widersprach Giacomettis Vorwürfen energisch. Die *Neuen Zürcher Nachrichten* wiesen Giacomettis Vorwurf einer Störung des religiösen Friedens «mit aller Entschiedenheit zurück»⁴⁰ und bewerteten dessen Ausführungen als «unmotivierten Angriff auf die kirchenpolitische Stellung der Schweizerkatholiken». Auch der Freiburger Staatskirchenrechtler Ulrich Lampert

³³ Vgl. *Fritz Fleiner*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, 326 f.

³⁴ Vgl. *Kley* (Anm. 2) 144 Anm. 898 mit detaillierter Darlegung der Vorgänge, 144 ff.

³⁵ Vgl. *Fleiner*, *Bundesstaatsrecht* (Anm. 33) 731 f. Anm. 7.

³⁶ *Fleiner*, *Bundesstaatsrecht* (Anm. 33) 732 Anm. 7.

³⁷ *Zaccaria Giacometti*, *Um die Nuntiatur*, NZZ vom 6.7.1924, Nr. 1005 II. Sonntagsausgabe, 5. Blatt, 1.

³⁸ *Roger Müller*, *Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner 1867–1937* (Diss. Zürich 2005), Frankfurt 2006, 291 und Anm. 145, spricht auch in den verwaltungsrechtlichen Arbeiten Giacomettis von seiner «Linientreue» zu Fleiner.

³⁹ Anonym, d.h. «p.», NZZ vom 27.7.1924, Nr. 1117 II. Sonntagsausgabe, 5. Blatt, 1.

⁴⁰ *Neue Zürcher Nachrichten* vom 10.7.1924, Nr. 187, 1. Blatt, 1 f.

entgegnete Giacomettis Vorwürfen⁴¹. Giacometti bringe lediglich «in etwas erweiterter Weise» die Gründe von Fleiner vor. «Begreiflicherweise. Herr Dr. Z. Giacometti ist Privatsekretär seines Gewährsmannes. Pontius be ruft sich auf Pilatus.» Lampert sah sich «in die stürmische Zeit der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts zu rückversetzt»⁴². Die Befürchtung, dass der Nuntius die Schutzwälle des reli giösen Friedens in der Bundesverfas sung – die konfessionellen Ausnah meartikel – abtragen helfe, sei nur eine Regung «des schlechten Gewis sens für das Unrecht, das man dem katholischen Volk der Schweiz ange tan»⁴³ habe.

Diese und weitere Auseinandersetzungen⁴⁴ erhellen den konfessionellen Gegensatz, der die Schweiz bis zum Zweiten Vatikanischen Konzil (1962–1965) spaltete. Dass gerade im Bereich des Staatsrechts dieser Gegensatz stärker zum Ausdruck kam als etwa in der Politik, wirft ein Schlaglicht auf die ideologische Anbindung der schweizerischen Staatsrechtslehre. Die Universitätslehrer der Hochschu len von Zürich und Bern hatten den Liberalismus und – wegen der antili beralen Haltung der römisch-katholi schen Kirche – den Antikatholizismus zu pflegen. In diesem Sinn nahmen Fleiner und Giacometti Partei für die liberale Bundesgründung des 19. Jahr hunderts⁴⁵.

freiheitlichen Sinn dieser Verfas sungsnormen; vor allem das Will kürverbot sei «der allerwichtigste Verfassungsgrundsatz, welcher als positive rechtliche Maxime für geset zesfreie Verwaltungshandlungen in Frage» komme⁴⁶. Die Verwirklichung dieser grundlegenden Idee dauerte noch Jahrzehnte. Georg Müller erneu erte und konkretisierte Giacomettis Anliegen in seinem Aufsatz über *Re servate staatlicher Willkür*⁴⁷; in der Rechtsprechung drang diese Auffas sung erst 2003 im Falle zweier weg weisender Einbürgerungsurteile des Bundesgerichts⁴⁸ durch.

Wegen seiner konsequent rechts staatlichen Haltung lehnte Giaco metti ein selbständiges (polizeirecht lich oder anderswie begründetes) Verordnungsrecht der Regierung zu nächst kategorisch ab⁴⁹. In seinen *All gemeinen Lehren* differenzierte er die Verordnungen in die bekannten Kate gorien und liess nun Vollziehungsver ordnungen und selbständige Verord nungen zu. Er sah aber in diesen dennoch eine «Gefahr für den Rechts staat und die Referendumsdemokra tie», die jedoch in Kauf zu nehmen sei, da beide Prinzipien den «staatspoliti schen Notwendigkeiten anzupassen» seien⁵⁰. Er vertrat in seinem Spätwerk also eine moderate Auffassung, die sich von seinen strikten Prinzipien et was löste.

Giacometti trat als klassischer Libe raler für eine staatsfreie Sphäre des Individuums ein. Allerdings nahm nach dem Zweiten Weltkrieg der Bund seine sozialstaatliche Gesetzgebung in Angriff. Giacometti passte sich die ser Entwicklung behutsam an und an erkannte 1960 den Sozialstaat inso fern, als er ausführte, dass sich freiheitlicher Staat und Sozialstaat nicht ausschließen⁵¹: «Der Freistaat ist (...) in seinen Aufgaben nicht be

IV. Liberalismus und Positivismus

Zaccaria Giacometti folgte nicht nur in seinen konfessionellen, sondern auch in seinen politischen Anschau ungen seinem Lehrer Fritz Fleiner: als durch und durch liberaler Gelehrter, der die Freiheit als höchsten Wert stets voraussetzte und insofern durch aus, trotz seiner positivistischen Aus richtung, auf einer naturrechtlichen (Freiheits-)Basis stand. Charakteris tisch für den Positivisten Giacometti war sein Beharren auf der Rechts staatsidee; er akzeptierte keine un kontrollierte und in einem «freien Er messen» befindliche Staatstätigkeit. Giacometti begründete dies mit den Freiheitsrechten, der Rechtsgleichheit und dem daraus abgeleiteten Will kürverbot, die als «Ersatz des fehlen den Verwaltungsgesetzes» fungierten. Diese Verfassungsnormen seien «als richtungsgebende Maxime für die po sitive nähere konkrete Gestaltung dieser freien Verwaltungstätigkeit» zu verstehen. Das ergebe sich aus dem

⁴¹ Ulrich Lampert, Um die Nuntiatur, in: Hoch wacht. Christlichsoziales Tagblatt der Schweiz vom 16.7.1924, Nr. 164, 1 f.

⁴² Vgl. Anm. 41, unter Berufung auf die Re zension von Hans Abt zu Fleiners Bundes staatsrecht, Schweizerische Rundschau 1924, 24 ff. Vgl. auch Hans Abt, Die Schweiz und die Nuntiatur: eine Richtigstellung, Schweizer Zeitfragen, Heft 65, Zürich 1925.

⁴³ Lampert (Anm. 41) 1 f.

⁴⁴ Vgl. z.B. Kley (Anm. 2) 165 f. betreffend die Totalrevisionsinitiative und die Abschaf fung der konfessionellen Ausnahmebestim mungen.

⁴⁵ Zaccaria Giacometti, Bundesstaatsrecht (Anm. 17) 315, druckte in seiner Neubear beitung von Fleiners Werk die Verteidigung der «Schutzwälle des inneren Friedens» er neut ab.

⁴⁶ Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren (Anm. 18) 285 ff., 286 (beide Zitate).

⁴⁷ Georg Müller, Reservate staatlicher Willkür. Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, 109–125.

⁴⁸ BGE 129 I 217 (Emmen) und 129 I 232 (SVP Stadt Zürich).

⁴⁹ Vgl. Abschnitt V.

⁵⁰ Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren (Anm. 18) 148 ff., Zitate 162 und 163.

⁵¹ Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren (Anm. 18) 2 Anm. 3.

schränkt, er ist nicht schlechthin ein Staat mit begrenzten Zwecken, «ein Nachtwächterstaat, sondern ein Staat, der seine Zwecke auf ausschliesslich freiheitlicher Grundlage verfolgt»⁵². Giacometti konnte den Sozialstaat als in liberaler Sicht unbedenkliche Ergänzung des «Freistaates» ansehen. Freilich lehnte er den bundesdeutschen Ausdruck «Daseinsvorsorgestaat» ab, denn dieser stelle eine «Verharmlosung des Etatismus»⁵³ dar.

Tatsächlich war die Zeit des klassisch liberalen Freistaates am Ablaufen, nachdem auch die bürgerlichen Parteien für die sozialstaatliche Gesetzgebung eintraten. Die noch von Fleiner 1923 hervorgehobene Wertschätzung der «persönlichen Selbstständigkeit»⁵⁴ des Schweizer war der Bereitschaft gewichen, staatliche Unterstützung entgegenzunehmen. Das sollte bedeutende Rückwirkungen auf die allgemeinen Grundrechtslehren nach sich ziehen⁵⁵.

V. Die Kontroverse über das Notrecht

Der ausgesprochen autoritäre Charakter der Zwischenkriegszeit zeigte sich exemplarisch am vereinfachten und beschleunigten Verfahren der Rechtsetzung im Bund. Dieser benützte das demokratische Verfahren der Bundesgesetzgebung mit anschliessendem Referendum immer weniger. Dafür bevorzugte er die Polizeigeneralklausel, was ihm die Rechtsetzung mittels Polizeinotverordnungen erlaubte. Ferner rief die Bundesversammlung immer häufiger die Dringlichkeitsklausel an, was die Bundesbeschlüsse vom Referendum ausnahm. Anlässlich des Ausbruchs des Zweiten Weltkrieges gab die Bundesversammlung dem Bundesrat die extrakonstitutionellen

Vollmachten: Diese verschoben die Rechtsetzung nahezu unbegrenzt von der Bundesversammlung auf den Bundesrat, um der Kriegsnotlage Herr zu werden.

Die beiden Zürcher Staatsrechtslehrer Dietrich Schindler (sen.) und Zaccaria Giacometti führten verschiedene Kontroversen über diese vereinfachten Rechtsetzungsverfahren⁵⁶. Schindler vertrat im Streit darüber konsequent die Haltung der Bundesbehörden, während Giacometti in diesem Rechtsetzungsverfahren einen Verfassungsbruch sah. Im folgenden ist beispielhaft auf die Auseinandersetzung um das extrakonstitutionelle Staatsnotrecht einzugehen.

Lehre und Literatur nahmen die Vollmachten des Jahres 1939 zunächst schweigend hin. Erst ab 1940 erschienen einzelne Artikel über das Vollmachtenrecht; dabei setzten die Autoren voraus, dass die Grundlage der Bundesratsverordnungen nicht in Zweifel zu ziehen sei. Es findet sich einzig ein Beitrag des Advokaten und Publizisten Agénor Krafft (1895–1964) über das waadtländische Vollmachtenrecht, der feststellte: «Il s'agit là d'une révolution juridique, empruntée malheureusement à l'esprit totalitaire et en contradiction avec les efforts de générations à ce jour»⁵⁷. Kraffts Feststellungen trafen uneingeschränkt auch auf die Vollmachten des Bundes zu.

Vor dem Hintergrund dieses verbreiteten Schweigens kam es zu einer öffentlichen Kontroverse zwischen Schindler und Giacometti. Giacometti bestritt, dass das Vollmachtenregime auf einer Verfassungsgrundlage beruhte. In einem Vortrag vom 13. Juli 1942 führte er aus, die Bundesverfassung sei «heute auf weiten Gebieten ein Trümmerfeld». Der Bund erscheine «als ein autoritärer Staat mit totalitä-

ren Tendenzen»⁵⁸ und die Freiheitsrechte seien ausgeschaltet⁵⁹:

«Das undemokratische und antiliberalen Vollmachtenregime (...) stellt einen illegalen Notsteg dar, der die freiheitliche Schweiz mit einem ihr unbekannten autoritär totalitären Land verbindet. Dieser Notsteg kann (...) zu einem gewaltentmonistischen totalitären Exekutivstaat hinüberleiten.»

Schindler hingegen war besorgt, dass die These der Illegalität des Vollmachtenregimes als Vorwand für Auflehnungen gegen die Bundesbehörden missbraucht werde⁶⁰:

«Es wird ja niemand behaupten wollen, dass es der Wille der Verfassung sei, auch dann in allen Einzelheiten angewendet zu werden, wenn darüber der Staat, mit dem die Verfassung und jedes von ihr geschaffene Recht steht und fällt, zugrunde geht.»

Er gab damit die Auffassung des Bundesrates in seinem Bericht zur Volksinitiative betreffend Dringlich-

⁵² Zaccaria Giacometti, *Allgemeine Lehren* (Anm. 18) 2.

⁵³ Zaccaria Giacometti, *Allgemeine Lehren* (Anm. 18) 46 Anm. 32.

⁵⁴ Fleiner, *Bundesstaatsrecht* (Anm. 33) 761.

⁵⁵ Vgl. hinten Abschnitt VI.

⁵⁶ Vgl. im Detail Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien seit 1848*, Bern 2004, 763 ff. und 824 ff. m.w.H.; Kley (Anm. 2) 167 ff., 192 ff.

⁵⁷ Agénor Krafft, *Législation de guerre vaudoise*, in: SJZ 36 (1939/40) 202. Zum Autor vgl. Neue Schweizer Biographie 294, *Journal de Genève* vom 21.4.1964, Nr. 93, 2.

⁵⁸ Zaccaria Giacometti, *Die gegenwärtige Verfassungslage*, in: Schweizerische Hochschulzeitung 1942, 139–154, 144 (beide Zitate).

⁵⁹ Zaccaria Giacometti, *Verfassungslage* (Anm. 58) 148.

⁶⁰ Dietrich Schindler, *Notrecht und Dringlichkeit*, NZZ vom 19. und 20.10.1942, Nr. 1669 und 1671.

keits- und Notrecht⁶¹ wieder; seine Auffassung setzte sich durch, das Vollmachtenregime blieb in Kraft. Die Bundesversammlung hob es erst auf Druck einer Volksinitiative auf⁶². Das Bundesgericht seinerseits erklärte sich 1942 ausserstande, den Gebrauch der Vollmachten durch den Bundesrat zu kontrollieren⁶³. Im Jahr 2000 sprach es im Urteil Joseph Spring von einem ge-

rechtfertigten Staatsnotstand und sah die notrechtlichen Massnahmen des Flüchtlingsrechts als rechtmässig an⁶⁴.

VI. Grundrechte

Nach liberaler Auffassung gibt es keine einfachere Antwort auf die Frage nach dem sachlichen Schutzbereich der Grundrechte als diejenige Fritz Fleiners: Danach spricht «im Rechtsstaat die Vermutung für die Freiheit des Individuums von staatlichem Zwang (...). In diesem Sinne enthält der Satz «was nicht verboten ist, ist erlaubt» eine Rechtswahrheit. Sie ist niedergelegt in den Vorschriften der Verfassungsurkunden (...), welche Freiheit und Eigentum der Bürger ausdrücklich garantieren»⁶⁵. Der vor allem durch die Vollmachtenregimes errichtete Sozial- und Interventionsstaat schränkte nun den Raum der durch das Gesetzmässigkeitsprinzip freigehaltenen (unqualifizierten) Freiheit erheblich ein. Zaccaria Giacometti erkannte dieses Problem und suchte es verfassungsrechtlich zu lösen. Er forderte die Anerkennung einer ungeschriebenen, allgemeinen Freiheitsgarantie als eines ungeschriebenen Rechts der Bundesverfassung bereits als junger Publizist 1924⁶⁶ und griff diese These im *Staatsrecht der Kantone*⁶⁷ und im *Bundesstaatsrecht*⁶⁸ sowie in seiner Rektoratsrede von 1955⁶⁹ wieder auf:

«Aus dem liberalen Wertsystem und dem Sinn des Kataloges der Freiheitsrechte in der Bundesverfassung lässt sich nämlich folgern, dass die Bundesverfassung jede individuelle Freiheit, die praktisch wird, das heisst durch die Staatsgewalt gefährdet ist, garantiert, und nicht allein die in der Verfassung ausdrücklich aufgezählten Freiheitsrechte.»

Giacometti setzte sich damit in Widerspruch zu seiner eigenen positivistischen Grundhaltung, die ungeschriebenes Recht eher kritisch beurteilte. Freilich beruhte diese Haltung auf der einzigen naturrechtlichen Position, die Giacometti vertrat: dem Liberalismus mit seinen vorstaatlichen, d.h. naturrechtlich vorausgesetzten Grundrechten. Diese Haltung hatte er von seinem Lehrer Fritz Fleiner übernommen und wie dieser vertrat er sie leidenschaftlich. Viele Staatsrechtler teilten Giacomettis Auffassung⁷⁰.

Hans Huber, der Berner Verfassungsrechtler, wandte sich gegen eine allgemeine Freiheitsgarantie und trat vielmehr für einen punktuellen Ausbau des Grundrechtskataloges ein, da «die Grundrechte des Bundesverfassungstextes von bedenklicher Lückenhaftigkeit»⁷¹ seien; deshalb müsse der Verfassungsgeber auch die ungeschriebenen Leitgrundsätze der Verfassung anerkennen. Huber kritisierte Giacomettis «radikalrechtsstaatlichen» Vorschlag, der das Missverständnis begünstige, dass unbegrenzte Möglichkeiten gegeben seien⁷². Das Bundesgericht folgte Huber, indem es die These einer allgemeinen ungeschriebenen Freiheitsgarantie ablehnte⁷³ und allmählich sechs ungeschriebene Grundrechte anerkannte⁷⁴. Es folgte freilich Giacometti insofern, als es als Voraussetzung ungeschriebener Rechte unter anderem verlangte, dass das anzuerkennende Recht ein «unentbehrlicher Bestandteil der rechtsstaatlichen und demokratischen Ordnung des Bundes»⁷⁵ sein müsse.

VII. Der Lehrer

Dietrich Schindler stellte 1981 in der universitären Lehre eine «Tendenz zu

⁶¹ Vgl. BBl 1939 I 533.

⁶² Vgl. Bundesbeschluss betreffend die Aufhebung der Vollmachten von 1939 vom 18. Dezember 1950, AS 1950 1493.

⁶³ BGE 68 II 308 E. 2, 317 ff.

⁶⁴ BGE 126 II 145 E. 4b/cc, 161.

⁶⁵ Vgl. Fritz Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts, (1. Aufl. Tübingen 1911) 8. Aufl. 1928, 389, und weitere Hinweise bei Kley (Anm. 2) 213 Anm. 1358.

⁶⁶ Vgl. Zaccaria Giacometti, Zur Verfassungsmässigkeit der bundesrätlichen Vorlage über das Hotelbauverbot, NZZ vom 6.8.1924, Nr. 1168 Abendblatt, 1.

⁶⁷ Zaccaria Giacometti, Staatsrecht der Kantone (Anm. 16) 169.

⁶⁸ Zaccaria Giacometti, Bundesstaatsrecht (Anm. 17) 241 f.

⁶⁹ Zaccaria Giacometti, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in: ZSR 74 I (1955) 149 ff.

⁷⁰ Vgl. Kley (Anm. 2) 214 Anm. 1364.

⁷¹ Hans Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts (1955), in: ders., Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, 329 ff., 336 f.

⁷² Huber (Anm. 71) 338 Anm. 34.

⁷³ BGE 97 I 45 E. 3, 49. Ansonsten zitierte das Bundesgericht Giacomettis Aufsatz von 1955 nie.

⁷⁴ Vgl. die Nachweise bei Kley (Anm. 2) 228 Anm. 1459.

⁷⁵ BGE 89 I 92 E. 3, 98 unter Anführung von Zitaten Giacomettis, seiner Dissertanten sowie von Hans Huber; vgl. ferner BGE 96 I 104 E. 1, 107, 100 Ia 392 E. 4c, 400, 121 I 367 E. 2a, 370.

einem schulmässigen und anonymen Grossbetrieb» fest⁷⁶. Aus dieser Tendenz ist zu Beginn des 21. Jahrhunderts längst Realität geworden. Der Massenbetrieb und die erforderlichen Mittel der industriellen Arbeitsweise veränderten den Beruf der Universitätsprofessoren. Zu Giacomettis Zeiten erlaubte man ihnen, die Vorlesungen nach ihrem persönlichen Gepräge durchzuführen, auch wenn das in didaktischer Hinsicht vielleicht nicht immer optimal war. Werner Kägi schilderte die Verbindung von rechtswissenschaftlichen Anliegen und Unterricht wie folgt: «Was den Forscher bewegt, trägt der Dozent in den Hörsaal. Schmucklos und nüchtern ist der Vortrag Zaccaria Giacomettis, aber von einer zwingenden Logik, ganz an die Sache hingegeben. Von einer beneidenswerten Konzentration, die ihn alles (...) überhören lässt»⁷⁷. Diese Vortragsweise gehört im besten Sinne des Begriffs an eine Forschungsuniversität, die den Unterricht eben gerade nicht auf die gute Unterhaltung der Studierenden ausrichtet, sondern ganz am Nachdenken und Überlegen orientiert ist.

Cyril Hegnauer bestätigte diese Darstellung und fügte ihr wesentliche Elemente hinzu⁷⁸:

«Seine Vorlesungen waren nicht Frontalbegegnungen. Es ging ihm nicht darum, den Stoff gärtnerhaft den Hörern einzupflanzen, sondern ihnen Gelegenheit zu bieten, Ohrenzeugen seiner verbalen Gedankenentfaltung zu werden. Er konnte zum Ostfenster des Hörsaals treten und einen fernen Punkt fixierend ein Problem analysieren, gleich einem Bildhauer, der an der Skulptur hier ein Stück wegnimmt und dort eines zufügt, oder einem Maler, der seine Pinselstriche immer wieder verbessert. Als einmal etwas Unruhe aufzukommen schien, hielt er erstaunt inne, blickte bekümmert ins Auditorium und

beschämte – ohne auch nur die Stimme zu erheben – die Schwätzer mit den Worten: «Aber meine Erren, Sie sind doch gheine Ghinder mehr!» Seine Versenkung liess ihn unvermeidlich den Gang der Uhr vergessen. Erst wenn Minuten nach dem Glockenzeichen diskretes Scharren laut wurde, konnte er, wie aus Entrückung erwachend, schüchtern fragen: «Ja, hat es schon geläutet?»»

Giacometti würde in den Vorlesungsevaluationen zu Beginn des 21. Jahrhunderts wohl eher schlecht abschneiden. Freilich hätten sich die Professoren seiner Zeit die Evaluationen auch gar nicht gefallen lassen – den Studenten war es im Unterricht nur schon verwehrt, direkt Fragen zu stellen. Zwischen Professoren und Studenten bestand eine grosse hierarchische Distanz. Allerdings war diese Distanz entscheidend von der Persönlichkeit geprägt. So hatte etwa Giacometti trotz seiner Vortragsweise eine grosse Anhängerschar begeisterter Studenten, die seine Gradlinigkeit schätzten⁷⁹: «In seinem Urteil unerbittlich und kompromisslos, war er keineswegs apolitisch, aber er schied die politische Meinung streng vom juristischen Urteil. Die absolute Grundsatztreue – an Jesaja erinnernd – machte ihn glaubwürdig und begründete sein Ansehen in der Öffentlichkeit und seine Verehrung durch die Studierenden.»

Die durch die Bologna-Deklaration zu Beginn des 21. Jahrhunderts ausgelösten Reformen haben die schon bestehende Tendenz zur Spezialisierung in der Rechtswissenschaft noch verstärkt. Im Bachelor- und vor allem im Masterstudium bieten die Fakultäten viele rechtswissenschaftliche Spezialveranstaltungen an. Die Aufsplitterung des Studiums in kleine, zusammenhangslos nebeneinander gelehrt Teilfächer führt zu einer zu-

nehmenden Belastung mit Prüfungen und verlagert die Beschäftigung der Professoren in die Selbstorganisation. Mangels Ausrichtung auf das Grundlegende und die Theorie befindet sich die Rechtswissenschaft auf dem Weg zu einem universitär gelehrt praktischen Handwerk⁸⁰. Zaccaria Giacometti würde sich an einer so ausgerichteten Massenuniversität vermutlich am falschen Platz wähnen.

VIII. Zaccaria Giacometti und die Kunst

Der Name Giacometti spielt in der Kunst des 20. Jahrhunderts eine überragende Rolle, namentlich Alberto hat mit seinen Werken Weltruhm erlangt. Ein grosser Name hat freilich auch seine Gefahren; er bündelt die Aufmerksamkeit auf sich und überstrahlt andere Namen und Personen, die von wesentlichem Einfluss waren. So scheint es selbstverständlich, dass Zaccaria Giacometti aus dem engen Bergell mit den Künstlern Giacometti verwandt sein muss. Die Formulierungen klingen dann etwa so: «Die Maler Giovanni und Augusto Giacometti, zueinander Cousins, waren mit dem Staatsrechtler in der Seitenlinie im sechsten Grade verwandt, standen also zu ihm infolge ihres gemeinsamen Urgrossvaters im Verhältnis

⁷⁶ Vgl. Dietrich Schindler, Das öffentliche Recht an der Universität Zürich seit 1833, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, 280 ff., 295.

⁷⁷ Kägi, NZZ 26.9.1953 (Anm. 2).

⁷⁸ Hegnauer (Anm. 32) 66.

⁷⁹ Hegnauer (Anm. 32) 66 f.

⁸⁰ So Martin Lendi, Interdisziplinarität als Antwort auf die Selbstisolierung der Rechtswissenschaft, in: Festschrift für Hans Giger zum 80. Geburtstag, Bern 2009, 173 ff., 190 f.

von «Coucousins»⁸¹. Dieses Verwandtschaftsverhältnis ist allerdings reichlich entfernt, wie der Blick auf den Stammbaum⁸² rasch zeigt. Der Name Giacometti führt in die falsche Rich-

tung, denn er überstrahlt die mütterlichen Verwandten aus der Familie Stampa.

Die Gattin von Giovanni, Annetta (1871–1964) und damit die Mutter u.a. von Alberto, sowie die Mutter von Zaccaria, Cornelia, waren Schwestern aus der Familie von Giovanni Stampa (1834–1913) und Domenica Baldini (1840–1876)⁸³. Zaccarias Verbindung zu den Künstlern war also verwandtschaftlich über die mütterliche Linie Stampa relativ eng: Sie waren Cousins. Sein Vater, Zaccaria senior, war nicht nur Lehrer, sondern auch ein «überdurchschnittlich begabter Zeichner»⁸⁴, der Augusto und Giovanni den ersten Zeichenunterricht erteilte⁸⁵. Nach dem frühen Tod von Zaccarias Eltern, an dem die Familie Giovanni und Annetta Giacometti grossen Anteil nahm⁸⁶, ist nicht klar, ob Giovanni Giacometti oder der 1909 verstorbene Grossonkel Rodolfo Baldini die elterliche Gewalt innehatte⁸⁷. Zaccaria muss häufig im Haus bzw. in den beiden Häusern von Giovanni und Annetta Giacometti verkehrt haben. Denn ab 1901 wohnte die Familie von Giovanni und Annetta den Sommer über im Haus von Rodolfo in Maloja-Capolago. 1905 kamen Cornelio und Zaccaria hinzu, die nach dem Tod ihrer Mutter nun beim Grossonkel lebten. Das Haus am Silsersee ererbte nach dem Tod von Rodolfo 1909 Annetta⁸⁸. Ihr Mann richtete dort ein Atelier ein.

Bruno Giacometti erzählte, dass Zaccaria oft am Abend von Borgonovo, wo sein Grossonkel im Winter wohnte, zu ihnen nach Stampa gekommen sei. «Sein Weg führte am Friedhof vorbei, und er pflegte uns Kindern so schreckliche Geistergeschichten zu erzählen, die er erlebt hätte, dass wir diesen Weg tunlichst vermieden»⁸⁹. Oder ein anderes Mal berichtete Bruno, dass er als sieben-

jähriger Knabe während des Ersten Weltkrieges mit einem Freund in eine leerstehende Villa eingebrochen sei. Das kam aus. Nachtwächter und Landjäger besprachen sich deshalb mit Vater Giovanni, der seinem jüngsten Sohn darauf die einzige Ohrfeige seines Lebens erteilte. «Später am Abend übernahm dann mein Vetter Zaccaria Giacometti meine Verteidigung und beruhigte meine Eltern, dass so etwas immer vorkommen könne»⁹⁰.

Angesichts dieser regen Kontakte erstaunt es nicht, dass Giovanni seinen Neffen Zaccaria im Schierser Internat mit Kunst versorgte. Sein Mitschüler Christoph Bernoulli erzählte, dass Zaccarias Zimmer mit «verwirrend schönen Aquarellen und Holzschnitten»⁹¹ von Giovanni behängt war. Giovanni porträtierte nicht nur seine eigene Familie, sondern auch Zaccaria, von dem eine Reihe von Bildern existiert⁹², und seinen Bruder Cornelio⁹³. Auch Alberto porträtierte seine Eltern und Geschwister; von Zaccaria verfertigte der elfjährige Alberto zumindest eine Bleistiftzeichnung⁹⁴. Alberto trat in Schiers in die Fussstapfen seines Cousins Zaccaria: Er besuchte ab 1915 das Gymnasium, worüber Christoph Bernoulli ebenfalls berichtete⁹⁵; 1917 folgte ihnen auch Diego nach Schiers⁹⁶.

Nach Christoph Bernoulli hatte insbesondere Zaccaria, und nicht etwa der wenig gesprächige Alberto, den Mitschülern die Kunst nähergebracht. Bernoullis Basler Kameraden waren von ihrer Erziehung und Herkunft her «musiknarrisch». Zaccaria brachte ihnen eine andere Welt näher: «Wenn der überlegene Freund Zaccaria (...) meldete, dass eine durch die Strassen ziehende, fröhlich schmetternde Blechmusik seinen musikalischen Bedürfnissen vollauf genüge, so galt es,

⁸¹ Kölz (Anm. 2) 211.

⁸² Vgl. z.B. Schweizerische Monatshefte 80/2000, Heft 4, 17.

⁸³ Vgl. Dieter Schwarz, Giovanni Giacometti – Leben und Werk, in: Giovanni Giacometti 1868–1933. Ausstellungskatalog Kunstmuseum Winterthur usw., o.O. 1997, 62.

⁸⁴ Christian Klemm, La Mamma a Stampa. Ein Gespräch mit Bruno Giacometti, in: La Mamma a Stampa, hrsg. vom Kunsthau Zürich / Bündner Kunstmuseum, Zürich/Chur 1990, 13 ff., 17.

⁸⁵ Vgl. Kägi, NZZ 26.9.1963 (Anm. 2) vgl. auch Anm. 100, La Mamma a Stampa (Anm. 84) 17.

⁸⁶ Giovanni berichtete das seinem Freund: Cuno Amiet/Giovanni Giacometti, Briefwechsel, hrsg. von Viola Radlach, Zürich 2000, Brief vom 5.12.1905, Nr. 259, 413 f.

⁸⁷ Die Zürcher Universitätsmatrikel verzeichnen 1916 unter «Eltern» Zaccarias Onkel, den Kunstmaler Giovanni Giacometti, vgl. Anm. 10.

⁸⁸ Vgl. Amiet/Giacometti (Anm. 86) Nr. 168 Anm. 4.

⁸⁹ Bruno Giacometti in: La Mamma a Stampa (Anm. 84) 25.

⁹⁰ Bruno Giacometti (Anm. 4) 30; vgl. den Bericht Seite 22 über Besuche in Maloja.

⁹¹ Bernoulli (DU, Anm. 6) 19.

⁹² Das Werkverzeichnis von Paul Müller/Viola Radlach (Anm. 7) verzeichnet unter den Nummern 1910.23, 1916.09, 1918.06, 1924.20 vier Bildnisse von Zaccaria. Die von Bernoulli in der Publikation von 1973 (Anm. 6) 17 abgedruckte Tuschezeichnung ist im Werkverzeichnis nicht aufgeführt.

⁹³ Werkverzeichnis, Band II-1 (Anm. 92) Nummer 1902.06, Le tre età della fanciullezza (Ritratto Cornelio Giacometti), als Farbtafel in Giacometti (Anm. 83) 68.

⁹⁴ Bleistiftzeichnung von Alberto Giacometti, August 1912, die den Kopf des 19-jährigen Gymnasiasten Zaccaria zeigt (aus der Sammlung von Zaccaria Giacometti).

⁹⁵ Vgl. Schülerliste (Anm. 3) 66; Bernoulli (DU, Anm. 6).

⁹⁶ Vgl. Schülerliste (Anm. 3) 70.

die Weltanschauung zu revidieren. In Giacometti lernten wir einen gebildeten Menschen kennen, dem Dichtung und Malerei viel wesentlicher waren als die Welt der Tonkunst. Das war neu für uns.⁹⁷ Zaccaria Giacometti war von der bildenden Kunst durchdrungen. Das zeigte sich auch darin, dass er seinen Lehrer Fritz Fleiner mit seinem Onkel Giovanni bekannt machte⁹⁸. Letzterer porträtierte Fritz Fleiner etwa 1918 in dessen Ferienhaus in Tesserete und 1925 in Maloja anlässlich von Fleinners Besuch im dortigen Atelier⁹⁹.

Zwischen Augusto und Giovanni bestanden trotz ihrer Verwandtschaft Beziehungen, «welche die merkwürdigsten waren, die man sich vorstellen kann. Während eines langen Lebens hatte weder ich von ihm, noch er von mir je einen Brief, eine Karte oder einen Gruss erhalten, nichts. Und es musste so sein. Es war keine Gleichgültigkeit»¹⁰⁰. Also konnte zwischen Zaccaria, der ja zur Familie von Giovanni zählen musste, und Augusto auch keine Beziehung bestehen, obwohl beide in Zürich an der Rämistrasse arbeiteten und Augusto 1914 im zweiten Stock des Hauptgebäudes der Universität Zürich einen – von der Frauen den Professoren gestifteten – Brunnen geschaffen hatte¹⁰¹.

Untersucht man die rechtswissenschaftlichen Werke von Zaccaria Giacometti nach Aussagen zu Kunst und Malerei, so zeigen sich keinerlei Spuren. Diese Sphäre des menschlichen Wirkens existiert in seinen Werken nicht. Man könnte den Schluss ziehen, Zaccaria habe sich als Jurist betätigt und sich in dieser Tätigkeit ganz und gar gefunden, dass ihm seine jugendliche Kunstbildung abhanden gekommen sei. Hier ist es tatsächlich schwierig, Aussagen zu machen, denn der späte Zaccaria Giacometti schweigt dazu.

Das Schweigen des Juristen Giacometti zum Kunstschaffen hat verschiedene Gründe. Der Geschäftsverkehr mit Kunstgegenständen gehörte zum Privatrecht. Die Rechtswissenschaft hatte sich nach dem Ersten Weltkrieg schon so weit ausdifferenziert, dass die Professoren sich auf grössere Rechtsgebiete konzentrierten. Zaccaria Giacometti war vornehmlich, aber nicht ausschliesslich, im öffentlichen Recht tätig. Das Obligationenrecht und der Schutz des geistigen Eigentums, also jene Gebiete, die kunstrelevant waren, gehörten nicht zu seinen Betätigungsfeldern.

Im Themenbereich des öffentlichen Rechts konnte die Kunst zwar auch dessen Gegenstand werden, namentlich 1.) in Fragen des Schutzes und der Förderung der Kunst sowie 2.) der künstlerischen als einer freiheitsrechtlich geschützten Tätigkeit.

1.) Ständerat Dietschi verlangte 1930 den Erlass eines eidgenössischen Kunstschutzgesetzes¹⁰². Giacometti äusserte sich dazu im Rahmen eines Gutachtens, das er einer Kantonsregierung erstattete¹⁰³. Seine Überlegungen führen geradlinig zum Ergebnis, dass der Bund weder eine geschriebene noch eine ungeschriebene Kompetenz besitze, das Kunstschaffen zu schützen¹⁰⁴. In seinem Gutachten ist überhaupt nicht erkennbar, dass er in der Sache Partei nimmt. Giacometti trennte Herkommen, private Erfahrung und berufliche Anforderungen vollkommen.

2.) In seinen rechtswissenschaftlichen Werken behandelte Giacometti die Freiheit und ihre Verfassungsgrundlage ausgiebig. Es finden sich aber keinerlei Aussagen zum Schutz der Künstler im Rahmen der Presse- und Meinungsfreiheit, geschweige einer Kunstfreiheit. Der Grund für die-

ses Schweigen liegt in der besonderen Freiheitsauffassung von Giacometti. Wie bereits geschildert¹⁰⁵, sah er eine menschliche Tätigkeit freiheitsrechtlich auch dann als geschützt an, wenn die Bundes- und Kantonsverfassungen dies nicht ausdrücklich so anordnen. Freiheit brauchte keine Rechtsgrundlage, sie war sozusagen naturrechtlich vorgegeben. Damit schützt die schweizerische Verfassungsordnung alle Freiheitsäusserungen des Menschen. Die Kunst gehörte in diese Sphäre der Freiheit und Giacometti hatte keinen Anlass, hierzu weitere Aussagen zu machen.

Zaccaria Giacometti war in seinem Wirken als Professor vielleicht doch stärker von seiner Herkunft und seinen begabten Verwandten bestimmt,

⁹⁷ Bernoulli (DU, Anm. 6) 18.

⁹⁸ Vgl. Bruno Giacometti in: La Mamma a Stampa (Anm. 84) 102; ferner, Bruno Giacometti (Anm. 4) 29.

⁹⁹ Vgl. Werkverzeichnis (Anm. 7) Nr. 1925.02 Das Werkverzeichnis nennt die Tuschzeichnung vom 4. April 1918 nicht.

¹⁰⁰ Vgl. Augusto Giacometti, Blätter der Erinnerung, Autobiographie (1943/1948), Nachdruck, Chur 1997, 222 (Zitat), 260, 267 Anm. 5. Die Erinnerungen Augustos erwähnen aber Zaccaria senior als seinen Lehrer (21 f.).

¹⁰¹ Augusto Giacometti (Anm. 100) 103 ff.

¹⁰² Vgl. Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, Heft 5/1931 Nr. 13, 22 ff., Gutachten vom 24.12.1931 und dazu die Ratsverhandlungen, Amtl Bull 1930 S 458, Amtl Bull 1931 S 277 (9. Juni 1931).

¹⁰³ In den Unterlagen ist nicht klar, um welchen Kanton es sich handelt, vgl. Gutachten vom 28.11.1932 zur Frage der Kompetenz des Bundes zum Erlass eines Kunstschutzgesetzes.

¹⁰⁴ Er ist dabei strikter als das in Anm. 102 zitierte Gutachten des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 24.12.1931, das wenigstens zivilrechtliche Bestimmungen erlaubte.

¹⁰⁵ Vgl. Abschnitt VI, insb. Anm. 66–69.

als sein Schweigen dies vermuten liesse. Cyril Hegnauer beschrieb den unterrichtenden Professor sozusagen wie einen Künstler, der die Studenten wie ein Werkstück bearbeitet und formt¹⁰⁶. Diese Ähnlichkeit im Vorgehen lässt sich auch in seiner rechtswissenschaftlichen Arbeitsweise feststellen. Giacometti dachte die Rechtsordnung konsequent zu Ende, ohne Rücksicht auf Opportunität und Wohlgefallen. Insofern glich er seinem Cousin Alberto, der auf der Suche nach dem Ausdruck von Gestalt war und sich durch keine äusseren Umstände beirren liess. So lehnte Giacometti die durch die Bundesbehörden ausgeübten vielfältigen Notrechte (Dringlichkeitsrecht, Polizeinotverordnungen, Staatsnotrecht) konsequent und ohne Umschweife

ab¹⁰⁷, weil diese Art von Rechtsetzung dem Rechtsstaat widerspricht. Er musste deshalb harte Kritik und gar die Ächtung seitens der Bundesbehörden in Kauf nehmen. Das tat seinem Ansehen, ja seinem Ruhm als einer rechtsstaatlichen Autorität keinen Abbruch, im Gegenteil.

Giacometti erreichte mit seiner unbequem konsequenten, rechtsstaatlichen Ausrichtung und seiner hergebrachten Freiheitsliebe den Rang einer aussergewöhnlichen Persönlichkeit. Er steht deshalb bei seinen nunmehr in die Jahre gekommenen Studenten, die sich davon anstecken liessen, noch immer in höchstem Ansehen. Auch sind seine Texte noch immer packend, wenngleich seine trockene, extrem sachliche und logisch-schrittweise Vorgehensweise auch etwas Bemühendes hat, das auf den ersten Blick abschrecken mag. Er war sozusagen ein juristischer Künstler, der ein bleibendes Werk hinterlassen hat. Namentlich sein unvollendetes Werk *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts* besticht durch graziösen Aufbau und filigrane Ver-

strebungen und gehört zu den grossen Kulturleistungen juristischen Denkens im 20. Jahrhundert. Dass die Praxis in ihrer notgedrungenen Kurzsichtigkeit eine solche geistige Architektur eher ungnädig aufgenommen hat, unterstreicht nur den künstlerischen Charakter des Werks.

Im Bergell bemüht sich die Vereinigung der Freunde des «Centro Giacometti» um die Einrichtung eines Zentrums, das im Jahr 2016, dem 50. Todesjahr von Alberto Giacometti, den Betrieb aufnehmen soll¹⁰⁸. Dabei handelt es sich nicht um ein Kunstmuseum, sondern um ein Zentrum, dass den Interessierten das Bergell und seine kreativen Künstler und Denker näherbringen will. Zu Recht will das «Centro Giacometti» sich auch des Zaccaria Giacometti annehmen. Seine juristischen Werke stellen in einem übertragenen Sinn ebenfalls «Kunst» dar. Zaccarias Denken und seine Art des Handelns wurzeln in diesem von bizarren Bergspitzen gesäumten Bergtal, das so bedeutende Persönlichkeiten hervorgebracht und angezogen hat.

¹⁰⁶ Vgl. Anm. 78.

¹⁰⁷ Vgl. Abschnitt V.

¹⁰⁸ Vgl. den Bericht in der NZZ vom 28.4.2011, Nr. 98, 15, sowie www.centrogiacometti.ch/de.